[AZA 7]
C 389/99 Hm

I. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Schön, Borella, Meyer
und Ferrari; Gerichtsschreiber Grünvogel

Urteil vom 28. Juni 2000

in Sachen

Staatssekretariat für Wirtschaft, Abteilung Arbeitsmarkt und Arbeitslosenversicherung, Bundesgasse 8, Bern, Beschwerdeführer,

gegen

K._____, 1972, Beschwerdegegner,

und

Versicherungsgericht des Kantons Aargau, Aarau

A.- Der 1972 geborene K._____, wohnhaft in X._____, seit 1. Februar 1995 bis 31. Januar 1997 und erneut ab 31. Juli 1998 arbeitslos, beantragte im Hinblick auf das von ihm in Bern ab 8. März 1999 absolvierte Beschäftigungsprogramm F._____ die Zusprechung von Pendlerkosten- oder Wochenaufenthalterbeiträgen. Das Industrie-, Gewerbe- und Arbeitsamt des Kantons Aargau (nachfolgend: kantonale Amtsstelle) lehnte das Gesuch mit Verfügung vom 19. April 1999 ab, weil K._____ im Vergleich zu seiner letzten Tätigkeit durch seine auswärtige Arbeit unter Berücksichtigung der Auslagen für Fahrtkosten, Unterkunft und Verpflegung keine finanzielle Einbusse entstehe: Bei einem im Beschäftigungsprogramm erzielten Bruttolohn von Fr. 3000. - und, nach Abzug der Auslagen, von Fr. 2472. - resultiere im Vergleich zum versicherten Verdienst von Fr. 2756. - abzüglich Auslagen von Fr. 322. - keine Einbusse (Verfügung vom 19. April 1999).

B.- In Gutheissung der hiegegen erhobenen Beschwerde hob das Versicherungsgericht des Kantons Aargau die Verfügung vom 19. April 1999 auf und wies die Sache an die kantonale Amtsstelle zurück, damit sie im Sinne der Erwägungen über den Anspruch auf Beiträge an die Pendlerkosten und den Wochenaufenthalt neu befinde (Entscheid vom 7. September 1999).

C.- Das Staatssekretariat für Wirtschaft (seco) führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, es sei der kantonale Gerichtsentscheid aufzuheben und die Sache im Sinne der Beschwerdegründe an die kantonale Amtsstelle zurückzuweisen.
K._____ äussert sich zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde in ablehnendem Sinne, wogegen die kantonale Amtsstelle deren Gutheissung beantragt.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Im Streit liegt der Anspruch des Beschwerdegegners auf Pendlerkosten- oder Wochenaufenthalterbeiträge im Zusammenhang mit dem von ihm ab 8. März 1999 als Journalist absolvierten Beschäftigungsprogramm F._____.
2.- a) Zur Verhütung und Bekämpfung der Arbeitslosigkeit leistet die Arbeitslosenversicherung finanzielle Beiträge u.a. für Versicherte, die ausserhalb ihres Wohnortes Arbeit annehmen (Art. 7 Abs. 1 lit. c AVIG). Diese Ansprüche sind im 2. Abschnitt (Arbeit ausserhalb der Wohnortsregion) des 6. Kapitels (Leistungen für Massnahmen zur Verhütung und Bekämpfung von Arbeitslosigkeit [arbeitsmarktliche Massnahmen]) geordnet.

Nach Art. 68 Abs. 1 AVIG können Arbeitnehmern, denen in ihrer Wohnortsregion keine zumutbare Arbeit vermittelt werden konnte und die zur Vermeidung von Arbeitslosigkeit Arbeit ausserhalb ihrer Wohnortsregion angenommen haben, Pendlerkostenbeiträge und Beiträge an Wochenaufenthalter zugesprochen werden, vorausgesetzt, sie weisen innerhalb der Rahmenfrist für die Beitragszeit die Mindestbeitragszeit nach Art. 13 Abs. 1 auf oder sind von der Erfüllung der Beitragszeit nach Art. 14 AVIG befreit (Art. 68 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 lit. b AVIG). Trotz der Kann-Formulierung handelt es sich um einen Rechtsanspruch (BGE 111 V 281 Erw. 2). Vorausgesetzt ist der Verlust des Arbeitsplatzes der versicherten Person (BGE 114 V 127 Erw. 2b).

b) Im Einzelnen deckt nach Art. 69 AVIG der Pendlerkostenbeitrag die nachgewiesenen notwendigen Fahrkosten von
Versicherten, die täglich vom neuen Arbeitsort an ihren Wohnort zurückkehren. Demgegenüber deckt der Beitrag an Wochenaufenthalter diejenigen Kosten, welche dem Versicherten dadurch entstehen, dass er nicht täglich an seinen Wohnort zurückkehren kann (Art. 70 erster Satz AVIG). Gesetz (Art. 69 und Art. 70 zweiter Satz AVIG) und Verordnung (Art. 92 f. AVIV) regeln den Umfang der Beitragsansprüche. Art. 71 Abs. 1 AVIG beschränkt diese in zeitlicher Hinsicht auf längstens 6 Monate innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist und Art. 71 Abs. 2 AVIG unterwirft die Beitragsgewährung der Beschränkung, dass diese nur soweit ausgerichtet werden dürfen, als dem Versicherten im Vergleich zu seiner letzten Tätigkeit durch die auswärtige Arbeit finanzielle Einbussen entstehen. Der Bundesrat bestimmt die Einzelheiten (Art. 71 Abs. 4 AVIG). Nach Art. 94 AVIV erleidet der Versicherte eine finanzielle Einbusse, wenn bei seiner neuen Tätigkeit der Verdienst, abzüglich der notwendigen Auslagen (Fahrkosten, Unterkunft, Verpflegung), den vor der Arbeitslosigkeit erzielten versicherten Verdienst (Art. 23 Abs. 1 AVIG), abzüglich der entsprechenden Auslagen, nicht erreicht.

c) Die kantonale Amtsstelle hat dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 24. März 1999 den Besuch des Beschäftigungsprogrammes F._____ vom 8. März bis 7. September 1999 bewilligt. Dort verdiente der Beschwerdegegner monatlich Fr. 3000. -, was nach Abzug der monatlichen Fahrkosten mit der SBB (Fr. 311. -) und dem monatlichen Betrag für auswärtige Verpflegung (Fr. 217. -) einen bereinigten Verdienst von Fr. 2472. - ergab. Dem stellte die Verwaltung einen versicherten Verdienst (80 %) von Fr. 2756. - gegenüber, was bei Abzügen von Fr. 105. - (Fahrkosten vom Wohnort X._____ an den früheren Arbeitsort Y._____) und Fr. 217. - (auswärtige Verpflegung) zu einem bereinigten Verdienst von Fr. 2434. - führte. Da damit ein "finanzieller Gewinn" von Fr. 38.- resultierte, lehnte die Amtsstelle das Gesuch um Pendlerkostenbeiträge ab.

3.- a) Das kantonale Gericht betrachtet die Anknüpfung in Art. 94 AVIV an die Verdienste als gesetzwidrig. Es beruft sich dabei auf Gerhards, Kommentar zum AVIG, N 21 zu Art. 68 - 71, wonach eine Mobilitätsförderung der versicherten Personen über den Verdienstvergleich im Rahmen einer auf die Pendler- und Wochenaufenthalterkosten-Beitragsregelung beschränkten Mobilitätsförderung vom Zweck und von der Logik her verfehlt erscheine, gehe es doch bei der finanziellen Einbusse nach Art. 71 Abs. 2 AVIG nur um eine solche, die sich aus dem Vergleich bezüglich der Pendler- und Wochenaufenthalterkosten ergebe. Bei beiden Begriffen gehe es allein um Auslagen, und nicht um höhere oder tiefere (versicherte) Verdienste. Das kantonale Gericht räumt zwar ein, dass die Regelung von Art. 94 AVIV mit dem Wortlaut von Art. 71 Abs. 2 AVIG noch vereinbar sei; sie widerspreche aber der Logik des Gesetzes. Zweck der Beiträge sei die Deckung von Mehrkosten, die durch die Annahme einer Arbeit ausserhalb der Wohnortsregion entstehen. Es gehe nicht darum, den Versicherten dafür zu entschädigen, dass er eine Stelle annehme, bei welcher er weniger verdiene als bei seiner letzten Tätigkeit. Die Deckung einer Einkommensdifferenz sei Gegenstand der Regelung über
den Zwischenverdienst (Art. 24 AVIG) und unterstehe den dortigen Voraussetzungen. Dementsprechend sähen die Art. 69 und 70 AVIG auch nur die Deckung der Kosten für Reise, Unterkunft und Verpflegung vor. Über diese Kosten hinaus habe der Versicherte keinen Beitragsanspruch, selbst wenn der neue Verdienst wesentlich unter dem aus seiner letzten Tätigkeit liege. Die in Art. 71 Abs. 2 AVIG erwähnte Einbusse müsse sich daher grundsätzlich ausschliesslich auf die Differenz bei diesen Auslagen beziehen. Allerdings, so das kantonale Gericht weiter, sei der in Art. 94 AVIV enthaltene Verdienstvergleich mit der Logik des Gesetzes insoweit noch vereinbar, als dem Versicherten die durch die Annahme der ausserwohnortlichen Tätigkeit entstandenen zusätzlichen Auslagen (neue Auslagen, abzüglich frühere Auslagen) nur soweit entschädigt werden dürften, als sie nicht durch einen im Vergleich zur letzten Tätigkeit höheren Verdienst wettgemacht würden. Nicht zu berücksichtigen sei indes auf Grund der Gesetzeslogik eine Verdiensteinbusse, jener Fall also, in welchem das

neue Einkommen unter demjenigen aus der letzten Tätigkeit des Versicherten liege. Für diese Fälle sei Art. 94 AVIV die Anwendung zu versagen. BGE 111 V 279 ff., worin (in Erw. 5) Art.
94 AVIV als gesetzmässig bezeichnet werde, sei nicht präjudiziell, setze sich doch jenes Urteil ohnehin nicht mit der grundsätzlichen Zulässigkeit des Vergleichs der beiden Verdienste auseinander, sondern beziehe sich vielmehr auf die Frage, ob bei diesem Vergleich ein Verdienst aus einer Teilzeittätigkeit auf das Einkommen bei einer entsprechenden Vollzeittätigkeit hochzurechnen sei. Auch sei es in jenem Fall um eine Versicherte gegangen, die bei ihrer neuen Tätigkeit ein wesentlich höheres Einkommen erzielt habe, eine Fallkonstellation also, in welcher der Anwendung von Art. 94 AVIV nichts im Wege stehe. Im Folgenden gab das kantonale Gericht der Auffassung des Versicherten, es müsse von einem versicherten Verdienst von Fr. 3800. - gemäss einem auf 1. August 1994 abgeschlossenen Arbeitsvertrag ausgegangen werden, den Vorzug vor der Auffassung der Verwaltung, welche den versicherten Verdienst gestützt auf Art. 41 AVIV (Pauschalansätze) auf Fr. 2756. - festgelegt hatte. Der Auffassung des Versicherten sei angesichts des Wortlauts von Art. 71 Abs. 2 AVIG, welcher den Vergleich zu seiner letzten Tätigkeit vorsehe, beizupflichten: vergleiche man, wie es vorliegend die Verwaltung getan habe, die neuen Auslagen mit denjenigen aus der
letzten Erwerbstätigkeit, so müsse sinnvollerweise auch bei der Ermittlung der Verdienstdifferenz auf diese Tätigkeit abgestellt werden.
Ein Heranziehen des versicherten Verdienstes im Sinne von Art. 23 AVIG mache nur dann Sinn, soweit es um die Berechnung des Verdienstes aus der letzten Tätigkeit für den Fall von Lohnschwankungen oder von Lohnänderungen im Verlauf des betreffenden Arbeitsverhältnisses gehe. Nicht abzustellen sei auch auf einen versicherten Verdienst, der sich aus den in Art. 41 AVIV aufgestellten Pauschalansätzen ergebe. Soweit aus Art. 94 AVIV etwas anderes hervorgehe, müsse ihm auch diesbezüglich die Anwendung versagt bleiben. Insoweit Art. 94 AVIV vom "erzielten" versicherten Verdienst rede, sei davon auszugehen, dass es sich um einen versicherten Verdienst aus einer Erwerbstätigkeit, und nicht um einen solchen aus Pauschalansätzen handeln müsse. Diese Überlegungen führten das kantonale Gericht zum Schluss, dass der Versicherte mit seiner neuen Tätigkeit im Beschäftigungsprogramm F._____ einen Verdienstausfall im Vergleich zu seinem früheren Verdienst erleide, welcher zwar nicht auszugleichen sei, der aber auf der andern Seite dazu führe, dass der Versicherte Anspruch auf vollen Ersatz der Differenz zwischen seinen nachgewiesenen notwendigen Auslagen in Zusammenhang mit seiner Tätigkeit im Beschäftigungsprogramm F._____ und den
entsprechenden Auslagen bei seiner letzten Arbeitstätigkeit habe.

b) Das Beschwerde führende seco gelangt im Rahmen von Art. 68 und 71 AVIG sowie Art. 94 AVIV mit Blick auf die von diesen Normen verwendeten Begriffe ("letzte Tätigkeit", "den vor der Arbeitslosigkeit erzielten versicherten Verdienst") insoweit zum gleichen Ergebnis wie das kantonale Gericht, als dem Vergleich der Verdienste nicht, wie es die Amtsstelle gemacht hat, das Pauschaleinkommen von Fr. 2756. - wegen Befreiung vom Nachweis der Beitragszeit (in casu: wegen einer Therapie, die durch Haftaufenthalte unterbrochen wurde) zu Grunde zu legen sei. Das seco bestreitet jedoch die Auffassung der Vorinstanz, dass für den Vergleich der Verdiensteinbusse von demjenigen Einkommen auszugehen sei, das der Beschwerdegegner nach einer Einarbeitungszeit von drei Monaten ab 1. November 1994 in der Firma M._____ erzielt hatte (Fr. 3800. -). Es sei zwar richtigerweise "auf die letzte Tätigkeit" abgestellt, dabei jedoch verkannt worden, dass es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis handeln dürfe, das noch vor der 1. Rahmenfrist für den Leistungsbezug (1. Februar 1995 bis 31. Januar 1997) eingegangen wurde, liege doch ein solches Arbeitsverhältnis unweigerlich zu weit zurück. Damit verstosse die Vorinstanz gegen Art. 9 AVIG, wonach die
Rahmenfrist für die Beitragszeit die letzten zwei Jahre vor Eintritt der Arbeitslosigkeit umfasse (Abs. 3) und dass als Bemessungszeitraum für den versicherten Verdienst in der Regel der letzte Beitragsmonat vor Beginn der Rahmenfrist für den Leistungsbezug gilt (Art. 9 Abs. 2, Art. 23 Abs. 1 AVIG in Verbindung mit Art. 37 Abs. 1 AVIV). Die Tatsache, dass der Beschwerdegegner in der Rahmenfrist für die Beitragszeit keine Erwerbstätigkeit ausgeübt habe, bedeute nicht, dass auf eine Tätigkeit abgestellt werden dürfe, die weiter zurückliege als die Rahmenfrist für die Beitragszeit. Der Beschwerdegegner könne daher keinen Anspruch auf Pendlerkostenbeiträge haben, da er keinen durch Arbeitsleistung innerhalb der massgebenden Rahmenfrist erzielten Verdienst aufweise. Fehle es an einem in der Rahmenfrist erzielten effektiven Verdienst, könne ihm auch keine finanzielle Einbusse im Sinne von Art. 71 Abs. 2 AVIG entstehen. In den weiteren Ausführungen wendet sich das seco gegen die von der Vorinstanz vertretene Auffassung, dass der Anspruch auf Pendlerkosten- und Wochenaufenthalterbeiträge nicht, wie in Art. 94 AVIV festgeschrieben, eine Einkommensverminderung verlange

(Verdiensteinbusse), sondern dass ein Vergleich auf der Ebene der
Auslagen vorzunehmen sei und dem Versicherten die Mehrauslagen zu vergüten seien, vorbehältlich eines an der Arbeitsstelle ausserhalb der Wohnsitzregion erzielten höheren Einkommens.

4.- Die vorinstanzlichen Erwägungen zu Sinn und Zweck der Pendlerkosten- und Wochenaufenthalterbeiträge haben einiges für sich. Sie würden, wenn sich das Eidgenössische Versicherungsgericht ihnen anschlösse, zwar nicht zu einer Änderung von BGE 111 V 284 Erw. 5, aber doch zu einer Präzisierung führen. Indessen braucht zu dieser Thematik - Verdiensteinbusse oder Auslagenzuwachs - hier nicht abschliessend Stellung bezogen zu werden. Denn eines ist klar: Ob man mit der Vorinstanz die Auslagen oder im Sinne des seco die Einkünfte miteinander vergleicht, so oder anders müssen sich diese Vergleiche auf Arbeitsverhältnisse beziehen, welche in diejenige zweijährige Rahmenfrist für den Nachweis der Beitragszeit fallen, welche die Referenzperiode zu derjenigen zweijährigen Rahmenfrist für den Leistungsbezug darstellt, innerhalb deren der Anspruch auf Pendlerkosten- oder Wochenaufenthalterbeiträge gestellt wird. Das ergibt sich ohne weiteres aus Art. 9 Abs. 1 AVIG, wonach das Gesetz für den Leistungsbezug und die Beitragszeit zweijährige Rahmenfristen aufstellt. Auf diese Rahmenfristen nimmt insbesondere, wie dargelegt (Erw. 2a zweiter Absatz), auch die Regelung der Pendlerkosten- und Wochenaufenthalterbeiträge Bezug.
Im vorliegenden Fall vermag sich der Beschwerdegegner in der zweijährigen Rahmenfrist für den Nachweis der Beitragszeit, welche der zweiten am 31. Juli 1998 eröffneten Rahmenfrist für den Leistungsbezug vorangeht (31. Juli 1996 bis 30. Juli 1998), über kein Arbeitsverhältnis auszuweisen, in welchem er effektiv ein Arbeitseinkommen erzielte oder tatsächlich Arbeitsauslagen (Fahrtkosten, Verpflegungskosten, Unterkunft) zu tragen gehabt hatte. Folglich fehlt es mit Blick auf das am 8. März 1999 aufgenommene Arbeitsverhältnis mit der F._____ an einem vorausgegangenen Verdienst oder früher angefallenen Auslagen, welche mit dem im Rahmen des Beschäftigungsprogrammes erzielten Verdienst oder den zu dessen Absolvierung erforderlichen Pendler- oder Wochenaufenthaltskosten überhaupt verglichen werden könnten.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird der Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 7. September 1999 aufgehoben.

II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau, der Öffentlichen Arbeitslosenkasse des Kantons Aargau und dem Industrie-, Gewerbe- und Arbeitsamt des Kantons Aargau zugestellt.

Luzern, 28. Juni 2000
Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der I. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: